OPPENHEIM

Verbotswidrig abgeschlossene

1891


VE
RI
TAS







Verbotswidrig abgeschlossene Handelsgeschäfte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

Juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

Felix Oppenheim,
Referendar.

Göttingen 1891.
Druck der Dieterich'schen Univ.-Buchdruckerei
(W. Fr. Kästner).

11/16/36

Seiner geliebten Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Inhalt.

§ 1.

Einleitung.

Es ist neuerdings mit Recht betont worden, dass eine allgemeine Regel über die civilrechtliche Wirkung von Verbotsgesetzen sich nach gemeinem Recht nicht begründen lässt[1]), dass vielmehr in jedem einzelnen Falle diese Wirkung nach dem ausgesprochenen oder muthmasslichen Willen des Gesetzgebers festgestellt werden muss. Aufgabe der vorliegenden Abhandlung soll es sein, die verbotswidrig abgeschlossenen Handelsgeschäfte einer derartigen Spezialuntersuchung zu unterziehen.

Seitdem in Deutschland Gewerbefreiheit gilt, ist die Berechtigung zum Handelsbetrieb eine unmittelbare Folge der Persönlichkeit. In Anwendung auf den Handelsbetrieb lässt sich füglich die Gewerbefreiheit als Handelsfreiheit bezeichnen. Das Prinzip jedoch, dass jeder, der rechtsfähig ist, auch die Befugnis hat, sowohl einzelne Handelsgeschäfte zu schliessen, wie ein oder mehrere Handelsgewerbe zu betreiben, besteht nicht ohne Einschränkung.

Diese Einschränkungen sind teils objektiver teils subjektiver Natur.

Zu den Beschränkungen ersterer, objektiver Art, gehören alle Verbote, welche den Handel mit gewissen Gegenständen oder gewisse Arten von Geschäften für

---

1) Endemann, Ueber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze. Leipzig 1887. S. 123 ff.

unstatthaft erklären, z. B. Ein- und Ausfuhrverbote, Verbote des Handels mit Sprengstoffen, Gift, der Handel mit ausländischen Lotterielosen [1]) etc. Sie können aus finanziellen, politischen, sanitären oder anderen Gründen gegeben sein. Meist haben Verbote dieser Art auf die civilrechtliche Gültigkeit der verbotenen Verträge keinen Einfluss, wohl aber tritt oft Konfiskation oder Unbrauchmachung der Handelsobjekte ein. Oft trifft die Paciscenten auch kriminelle Strafe. [2])

Da sich jedoch diese Verbote ganz allgemein auf die Verbreitung derartiger Handelsobjekte oder überhaupt auf den Besitz derselben beziehen, und die Veräusserung derselben sich keineswegs stets als Handelsgeschäft darzustellen braucht, so soll von einer näheren Betrachtung der Folgen des verbotswidrigen Abschlusses dieser Geschäfte abgesehen werden.

Die aus subjektiven Gründen gegebenen Verbote beziehen sich auf die Person der Handeltreibenden, indem sie entweder den Betrieb eines Handelsgewerbes, oder den Abschluss von nur einzelnen Handelsgeschäften gewissen Personen untersagen.

Die Gründe, welche den Staat veranlassen konnten, derartige subjektive Beschränkungen der Handelsfreiheit aufzustellen, sind sehr verschieden.

Teils beruhen sie auf einem unmittelbaren Interesse des Staates, — aus solchen Gründen sind die Beamten [3]), Geistlichen [4]), Militärpersonen [5]), früher auch der Adel [6]),

---

1) Endemann, a. a. O. S. 118 ff. — Entscheidung des Reichs-Gerichts vom 16. April 1886, Entscheid. Bd. XVIII Nr. 49.

2) Vergl. Reichsgewerbe-Ordnung §§ 5, 6, 51, 56, 64 ff. — Reichsgesetz vom 14. Mai 1879, betreff. den Verkehr mit Nahrungsmitteln etc.

3) Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 § 16.

4) C. 6, 9 X. ne clerici vel monachi. — nov. 113 c. 6.

5) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 43. — R.-Gewerbe-O. § 12. L. un. C. negotiatores ne milit. 12. 34. — l. 12 § 3 C. de cohortalib. 12. 57.

6) L. 3. C. de commerciis. 4. 63.

die Juden und Frauen teils vom Handelsbetriebe ganz ausgeschlossen, teils beschränkt. Teils beruhen sie auf der Fürsorge des Staates für das wirthschaftliche Wohl und den rechtlichen Schutz seiner Glieder.

Die ersteren, die auf unmittelbarem Staatsinteresse beruhenden Verbote, welche den Zweck verfolgen, dass die staatlichen und kirchlichen Organe nicht durch Sondergeschäfte und Privatinteressen ihrem öffentlichen Berufe und ihren Pflichten gegen den Staat entzogen und nicht in ihrem socialen Ansehen geschädigt werden, haben privatrechtlich wenig Bedeutung. Sie begründen zunächst nur einen Anlass gegen den Beamten, der gegen das Verbot Handelsgeschäfte abgeschlossen hat, mit den für diesen Fall in den Landes- oder Reichsgesetzen vorgesehenen Disciplinarstrafen vorzugehen, wogegen das Geschäft meist gültig bestehen bleibt und auch vollständig die Wirkungen eines rechtmässig abgeschlossenen äussert. Zu eruiren aber, wann die Uebertretung dieser Verbote Verweis, wann Geldstrafe oder Dienstentlassung zur Folge hat, ist nicht Aufgabe dieser Abhandlung und mögen diese wenigen Andeutungen genügen.

Bedeutungsvoller für das Privatrecht sind die Beschränkungen, welche der Staat lediglich im Interesse der wirtschaftlichen Wohlfahrt der Staatsangehörigen gewissen physischen und juristischen Personen bezüglich des Abschlusses von Handelsgeschäften auferlegt hat.

Wenn auch der Staat im allgemeinen es jedem Einzelnen überlässt, sich möglichst vor Nachteil und Vermögensschaden zu schützen, so hat er doch im einzelnen einige Verbote bezüglich des Abschlusses von Handelsgeschäften aufgestellt, welche teils im Zusammenhang mit der öffentlichen Stellung der davon Betroffenen, z. B. der Mäkler, teils in Rücksicht auf das allgemeine Vertrauen, welches z. B. Aktiengesellschaften, Notenbanken etc. zu ihrer Lebensfähigkeit bedürfen und in Anspruch nehmen, einen Missbrauch der publica fides verhüten sollen.

Es gehören dahin das Verbot des Abschlusses von

Handelsgeschäften für eigene Rechnung seitens der Sensale, das Verbot des Erwerbes eigener Aktien und Interimsscheine seitens der emittirenden Gesellschaft und die Beschränkungen der Notenbanken beim Abschlusse gewisser Handelsgeschäfte.

Wenn auch die Uebertretung dieser Verbote speziell nur in einem Falle — des Erwerbs eigener Interimsscheine — die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge hat, in den übrigen das Geschäft gültig bestehen bleibt, so hat sie doch auch sonstige privatrechtliche Folgen, die sich in verschiedener Weise äussern.

Die Darstellung derselben soll den ersten Teil dieser Abhandlung bilden.

Verschieden von diesen Verboten, welche dem absoluten Rechte angehören, sind diejenigen, welche der Gesetzgeber gleichsam nur aushilfeweise, d. h. für den Fall, dass das betreffende Verhältniss nicht durch Privatwillkür anderweitig geregelt ist, aufgestellt hat. Dahin gehören die Beschränkungen, welchen die Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen unterworfen sind, sowie das sog. Konkurrenzverbot der Handelsgesellschafter.

Verbote dieser Art sind, wie gesagt, nur dispositiver Natur, können daher durch Privatabmachungen sowohl ganz aufgehoben, als auch eingeschränkt, aber auch erweitert werden. Dieselben stellen sich lediglich als eine Wirkung des persönlichen Verhältnisses dar, in welchem die davon Betroffenen stehen.

Diese, sowie die Folgen der Nichtbeachtung derselben sollen im zweiten Teil der Arbeit dargestellt werden.

Erster Teil. Die absoluten Verbotgesetze.

§ 2.

Die den Handelsmäklern verbotenen Geschäfte.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch[1]) macht es den Handelsmäklern (Sensalen) zur Pflicht,

> „für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte zu machen, weder unmittelbar, noch mittelbar, auch nicht als Commissionäre . . . . . alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte.“

Das Verbot selbst beruht auf einer schon alten Rechtsanschauung, welche sich in der Gesetzgebung der verschiedensten Länder und Zeiten ausgesprochen zeigt. Schon das Wiener Börsenpatent von 1771 verbietet den Mäklern unter Androhung hoher Geldstrafen und Amtsentsetzung „direkt oder indirekt Handel zu treiben“, der französische Cod. de com. Art. 85 untersagt diesen Personen jede operation de commerce; ebonso sollen nach Preussischem Landrecht[2]) Mäkler weder mittelbar, noch unmittelbar eine Waarenhandlung oder Wechselgeschäfte betreiben, nicht in Handelsgesellschaften treten, auch keine Schiffsparten erwerben, alles dieses unter Androhung von willkürlichen Geld- oder Leibesstrafen. Auch in England, Russland, Holland, sowie in den meisten deutschen Mäklerordnungen finden sich ähnliche Bestimmungen.

Der Gesetzgeber will, dass man sich des Mäklers mit vertrauensvoller Sicherheit bedienen könne. Ohne dieses Verbot aber würden die Mäkler häufig in Versuchung kommen, Operationen, mit denen sie betraut sind,

---

1) H.-G.-B. § 69[1].
2) A. L.-R. II, 8, § 1322.

und welche sie für gut und gewinnbringend halten für eigene Rechnung zu machen, aus ihrer Unparteilichkeit herauszutreten und ihre Kenntnis zum Schaden ihrer Auftraggeber zu missbrauchen.[1]) Aus diesen Gründen sollen sie Handelsgeschäfte weder unmittelbar — auch nicht als socii ihrer Auftraggeber — noch mittelbar durch andere aber auf eigene Rechnung, auch nicht als Kommissionäre, also nicht in eigenem Namen für fremde Rechnung machen. Es sind demnach dem Mäkler alle Geschäfte untersagt, die sich auf seiner Seite als Handelsgeschäfte darstellen, auch dann, wenn ihre Eingehung nur vereinzelt erfolgt, und wenn sie ausserhalb der Sphäre seiner berufsmässigen Thätigkeit liegen.[2])

Nicht aber ist es den Handelsmäklern durch diese gesetzliche Bestimmung verwehrt sich an solchen gesellschaftlichen Unternehmungen zu beteiligen, deren Organisation es mit sich bringt, dass die Geschäfte auch nicht mittelbar für sie abgeschlossen werden; doch ist diese Frage, speciell die Zulässigkeit der aktiven Beteiligung des Mäklers an einer Kommanditgesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft oder stillen Gesellschaft u. s. w. nicht unbestritten, da der Gesetzestext wegen des ganz allgemeinen Ausdrucks „Handelsgeschäfte machen" eine mehrfache Interpretation zulässt.[3])

Soweit das Verbot selbst. Für die Wirkungen, welche die Nichtbeachtung dieses Verbots nach sich zieht, gilt folgendes.

---

1) Vergl. Ord. (Tit. 2, art. 1). Bezeichnend sagt Bornier hierzu: les agents de change, comme ils ont connaissance de tout, ce qui se passe dans les affaires, pourraient se rendre les maitres de commerce, et de toutes les affaires et ruiner entièrement le commerce des banquiers.

2) Uebereinstimmend A. L. R. II. 8. §§ 1322, 1326. — Cod. de com. Art. 85. — Dresdener Mäkler-Ordnung § 10.

3) In der österreichischen Redaktion des A. D. H. Gb. ist das Verbot ausdrücklich auf die Mitgliedschaft im Vorstand, Aufsichtsrat einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgedehnt.

Das Handelsgesetzbuch in seiner Tendenz einmal geschlossene Handelsgeschäfte, wenn irgend möglich, aufrecht zu erhalten, bringt den in Art. 276 aufgestellten Grundsatz hier im speciellen Falle ausdrücklich zur Geltung und bestimmt in Anschluss an das Verbot, dass die Uebertretung desselben die Ungültigkeit des fraglichen Geschäftes nicht zur Folge habe.

Der Grund dieser Bestimmung liegt eben darin, dass die strenge Durchführung des Verbotes d. h. die Bedrohung des fraglichen Geschäftes mit Nichtigkeit über den inneren Zweck des Gesetzes hinausgehen, und der Drittkontrahent dadurch einer ebenso ungerechten wie häufigen Gefahr ausgesetzt würde. Der Handelsverkehr wäre durch die Pflicht, immer zu prüfen, ob nicht der kontrahirende Mäkler dies Geschäft für eigene Rechnung, also verbotswidrig abschliessen will, derart belastet, dass diese Beschränkung mit den Vorteilen, welche eine solche Bestimmung im einzelnen Falle erzielen würde, in keinem annehmbaren Verhältnis steht.[1] [2]

Ist nun aber das verbotswidrig abgeschlossene Geschäft zu Recht bestehend, und resultiren aus demselben Rechte, so haben auch die Parteien einen Anspruch auf die Mittel zur Durchführung derselben; es kann daher selbst der Mäkler aus dem verbotenen Geschäfte gegen seinen Kontrahenten klagen, anderseits aber auch aus demselben verklagt werden. Es ist auch ein Mäkler, welcher — wenn gleich verbotswidrig — Handelsgeschäftebetreibt, insoweit als Kaufmann im Sinne des Gesetzes mit allen Rechten und Pflichten eines solchen anzusehen. Es finden daher auch, wenn er gegen das Gesetz im eigenen Namen für fremde Rechnung gewerbsmässig Handelsgeschäfte abschliesst, für und gegen ihn

1) Endemann, a. a. O. S. 113.

2) Anders nach A. L.-R. II, 8 § 1329. — Mit dem H.-G.-B. stimmt die französische Jurisprudenz überein.

die Bestimmungen des 3. Titels des IV. Buches des Deutschen Handels-Gesetzbuches „Von dem Kommissionsgeschäfte" Anwendung. Hat er jedoch lediglich ein einzelnes derartiges Geschäft abgeschlossen, so findet nach Art. 378 der 3. Titel keine Anwendung, weil der Handelsmäkler dann nicht Kaufmann ist.

Das verbotswidrig abgeschlossene Geschäft bleibt also als gültig bestehen, aber es ist denkbar, dass durch diese Verletzung seiner Berufspflicht der Mäkler eine Person geschädigt hat. Freilich wird dies schwer nachweisbar sein, gelingt jedoch der Nachweis, so wird der Mäkler nach Art. 81 H.-G.-B. schadensersatzpflichtig, denn dass eine bewusste Verletzung jener Berufspflicht ein Verschulden involvirt, ist zweifellos.

Der Schadensersatz selbst, den die geschädigte Partei vom Mäkler zu fordern berechtigt ist, wird sich nach der Sachlage des konkreten Falles und nach Massgabe des Art. 283 H.-G.-B. bestimmen, laut dessen Kläger sowohl Ersatz des wirklichen Schadens wie auch des entgangenen Gewinnes beanspruchen kann.[1])

Abgesehen von dieser Schadensersatzpflicht zieht die verbotswidrige Abschliessung von Handelsgeschäften seitens eines Mäklers eine civilrechtliche Folge nicht nach sich; wohl aber setzt sich der Mäkler durch Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift einer disciplinarischen Bestrafung aus.

Ueber die Strafe selbst schweigt das Handelsgesetzbuch und überlässt in Art. 84 Abs. 1 die Regelung und Festsetzung der Bestrafnng der Mäkler wegen der von ihnen im Berufe begangenen Pflichtverletzungen den Landesgesetzen, und ist demnach auf die verschiedenen Einführungsgesetze, örtlichen Bestimmungen, Mäklerordnungen etc. zu verweisen.

Beispielsweise bestimmt das preuss. Einf.-Gesetz vom

1) Vergl. auch Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts 41. S. 130.



24. Juni 1861 in Art. 9 § 5, dass Handelsmäkler, welche die ihnen obliegenden Pflichten verletzen, mit Geldbusse von 25—500 Thaler bestraft werden sollen, im Rückfall auch auf Amtsentsetzung erkannt werden könne. Das bayrische Einf.-Gesetz vom 10. November 1861 droht ausser Geldstrafe und Dienstentsetzung, auch eine zeitweilige Entfernung vom Amte für die Pflichtverletzung des Mäklers an, und in den übrigen deutschen Staaten und in den freien Städten sind ähnliche Bestimmungen getroffen.

§ 3.

Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft.

Das Interesse, das der Staat daran hat und haben muss, dass seine Glieder möglichst gegen Vertrauensmissbrauch und schuldhafte Vermögensbeschädigung geschützt sind, äusserst sich weiterhin in dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien und Interimsscheine seitens der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch enthielt in seiner ursprünglichen Fassung keine Bestimmung über das Verbot des Erwerbs eigener Aktien und Interimsscheine seitens der emittirenden Gesellschaft, und scheint auch damals in Deutschland ein Bedürfnis zur Einführung eines solchen nicht vorhanden gewesen zu sein.

Die Agitation gegen den Erwerb eigener Aktien ging von österreichischen Fachkreisen aus. Hier hatte es sich oft ereignet, dass tief verschuldete Aktiengesellschaften ihre eigenen Aktien massenhaft angekauft hatten, um so wenigstens ihre Aktionäre möglichst sicher zu stellen, so dass schliesslich für die Gesellschaftsgläubiger nichts anderes übrig blieb, als ein Papierhaufen wertloser Aktienscheine. Die lebhafte Debatte, welche sich 1869 nach Aufdeckung dieses Treibens über die Berechtigung

eines derartigen Verbots entspann, hatte für Deutschland die Folge, dass in das gerade im Entstehen begriffene Gesetz, welches die Verhältnisse der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien neu regeln sollte, der Satz aufgenommen wurde

„Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben.[1])“

Die Motive zu dem betreffenden Gesetzentwurf selbst bezeichnen einen derartigen Ankauf als „mit dem Wesen einer Aktiengesellschaft nicht im Einklang stehend“ und führen des weiteren die oben angedeuteten Missstände, welche der Erwerb eigener Aktien und die damit oft verbundene Spekulation in eigenen Papieren für Gesellschaft und Gläubiger nach sich ziehen können, aus.

Die Ausschreitungen auf dem Gebiete des Aktienwesens, der sog. Gründungsschwindel erwies die Unzulänglichkeit des durch die Novelle zum Handelsgesetzbuch vom Jahre 1870 eingeführten „Systems der Normativbestimmungen“ und veranlasste die Reichsregierung auf Antrag Preussens 1877 neue Verfügungen zu treffen, aus denen das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 betreffend die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien hervorgegangen ist. Auch dieses hat an dem obigen Verbot festgehalten, dasselbe jedoch in einem Hauptpunkte modifizirt und auch auf die Kommanditgesellschaften auf Aktien ausgedehnt. Dasselbe lautet:

„Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im geschäftlichen Betriebe, sofern nicht eine Kommission zum Einkaufe ausgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Sie darf eigene Interimsscheine auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfande nehmen.[2])

Was zuvörderst die eigenen Vollaktien — im Gegen-

---

1) Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, Art. 215.

2) Reichsgesetz vom 18. Juli 1884. § 215 d resp. 184 d.



satz zu den Interimsscheinen — anbelangt, so ist zwar gemeinhin ein Erwerbsverbot für die Gesellschaft aufgestellt, doch geht aus dem Wortlaut des Gesetzes „die Aktiengesellschaft soll u. s. w." unzweideutig hervor, dass der Erwerb eigener Aktien nicht mehr nichtig ist, wie nach der Interpretation des höchsten Gerichtshofes[1]) das Gesetz von 1870 es aussprechen wollte.

Die Nichtbeachtung des Verbotes hat weder absolute noch relative Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge, das Geschäft bleibt vielmehr gültig, wenngleich es nicht stattfinden soll.[2]) Der Grund zu einer so durchgreifenden und mit den weittragendsten Folgen verknüpften Aenderung des Gesetzes von 1870 lag eben darin, dass die Forderungen des Verkehrs sich als stärker erwiesen hatten als das abstrakte Gesetzverbot, indem es sich thatsächlich nicht vermeiden lässt, dass die Aktiengesellschaften auch eigene Aktien in die Ankaufsgeschäfte hineinziehen. Man erwog eben bei der Aenderung des Artikel 215, dass es eine zu grosse Beschränkung des Verkehrs sei, den dritten Verkäufer zu verpflichten, sich bei jedem Verkauf zu vergewissern, wer der Ankäufer sei und ob nicht etwa die Gesellschaft für sich kaufen wolle. Deshalb wurde das imperative „darf nicht" in das instruktionelle „soll nicht" umgewandelt.[3])

Für die Befolgung der Gesetzesvorschriften sind Aufsichtsrat und Vorstand verantwortlich. Handeln sie den gesetzlichen Bestimmungen zuwider, so werden sie gemäss Artikel 204 und 226 ersatzpflichtig, wenn auch das Geschäft, auf Grund dessen der verbotene Erwerb erfolgte, sowohl für die Gesellschaft, wie für den Dritten bestehen bleibt, sodass keiner von beiden dasselbe auf Grund Art. 216 d anfechten kann. Streitig ist, ob der Veräusse-

---

1) Urteil des R.O.H.G. vom 7. Mai 1875, Entsch. Bd, XVIII. S. 381.

2) Motive zum H.G.B. S. 116 und Kommissions-Bericht S. 16.

3) Endemann a. a. O. S. 104.

rer, welcher die Umgehung des Verbotes wissentlich unterstützt hat, der Gesellschaft regresspflichtig werde oder nicht, was Kayser [1]) und v. Völderndorff [2]) unter Zulassung einer actio doli gegen denselben bejahen. Für die entgegengesetzte Ansicht spricht jedoch der Umstand, dass die Gesellschaft vermittelst ihrer Organe selbst in mala fide und an der Begehung der unerlaubten Handlung mitbeteiligt ist, Teilnehmer eines Delikts aber schon aus allgemeinen Grüngen einander zum Ersatz des entstandenen Schadens nicht verpflichtet sind [3]), daher auch die Regresspflicht des Veräusserers zu verneinen ist.[4])

In zwei Fällen sind die verantwortlichen Organe aber nicht einmal ersatzpflichtig.

Einmal wenn die Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktien in Ausführung einer Einkaufskommission erwirbt d. h. wenn sie zum Erwerbe einen speziellen Kommissionsauftrag hat, und der Erwerb daher für fremde Rechnung geschieht. Denn hierin kann eine Gefahr für die Gesellschaftsgläubiger nicht gefunden werden, und es wäre hart für Aktiengesellschaften, welche Bankgeschäfte betreiben, wenn ihnen verboten sein sollte, für fremde Rechnung wenngleich in eigenem Namen ihre eigenen Aktien zu erwerben. Aber auch dann, wenn der Erwerb der eigenen Aktien ausserhalb des Geschäftsbetriebes erfolgt, ist eine Ersatzpflicht des Aufsichtsrats und des Vorstands ex lege nicht begründet. Solche Geschäfte aber, die ausserhalb des Betriebes des Geschäftes stattfinden, sind z. B. die von dem regelmässigen Verkehr in demselben abweichenden wie der Erwerb aus einer Schenkung, Zwangsvollstreckung, einer Liberalität von Todeswegen u. a. m. [5]) Sie sind unbeschränkt gestattet.

---

1) Kayser, das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 betr. Aktiengesellschaft etc. S. 101.

2) v. Völderndorff, das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 S. 510.

3) A. L. R. I. 6, § 23. — l. 203 Dig. 50, 17.

4) Ring, das Reichsgesetz v. 18. Juli 1884, S. 249.

5) Motive S. 116.

Gleich dem Erwerbe — mit denselben Einschränkungen — ist auch die Pfandnahme eigener Aktien verboten d. h. jedes Geschäft, das auf Einräumung eines Pfandrechts unmittelbar gerichtet ist, wobei jedoch nach den Motiven die Ausübung des Retentionsrechts als Pfandnahme nicht aufzufassen ist.

Nur in Betreff des Erwerbes eigener Interimsscheine hat das Gesetz von 1884 an dem unbedingten, absoluten Verbot mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit festgehalten, und zwar weil, wie die Motive zum Entwurf sich Seite 223 ausdrücken:

> „die Gründer und ersten Zeichner sich ihres Einflusses auf die Gesellschaftsorgane bedienen könnten, um durch Uebertragung ihrer Promessen an die Gesellschaft von ihren Verpflichtungen gegen diese frei zu werden“.

Nicht einmal in Ausführung einer Einkaufskommission darf also eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Interimsscheine erwerben.

Das Geschäft, auf Grund dessen der Erwerb eigener Interimsscheine stattgefunden hat, ist also auch in diesem Falle nichtig und mit Recht, „denn der Dritte würde in einer misslichen Lage sein, wenn er prüfen sollte, ob die Gesellschaft von ihm Interimsscheine für eigene Rechnung oder in Ausführung einer Einkaufskommission ankauft [1]).

Das unbedingte Verbot des Erwerbs eigener Interimsscheine bringt es mit sich, dass auch, wenn die Gesellschaft eine Commission zum Ankauf eigener Interimsscheine erhalten hat, der Committent gegen die Bestimmungen des Art. 376, Abs. 3, H.-G.-B. die Gesellschaft nicht als Käuferin in Anspruch nehmen kann.

Wenn aber ein mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit bedrohtes Geschäft von einer Aktiengesellschaft abgeschlossen ist, so leuchtet ein, dass sowohl von dieser als von dem Drittkontrahenten die Nichtigkeit desselben gel-

---

1) Bericht der Kommission S. 16.

tend gemacht und die Folgen des etwa ausgeführten rückgängig gemacht werden können.

Die lange Zeit streitige Frage, ob auch der einzelne Aktionär befugt sei, den geschehenen Erwerb eigener Interimsscheine (bezugsweise unter der Herrschaft der Aktiennovelle von 1870 auch eigener Aktien) wieder umzustossen, hat das Reichs-Oberhandels-Gericht mehrfach beschäftigt, am eingehendsten in dem Urteil vom 20. Oktober 1877 [1]). Nach diesem können die Aktionäre nur so lange die Interimsscheine noch nicht weiter veräussert sind, verlangen, dass die Gesellschaft entweder den Verkäufer zur Wiedereinzahlung des empfangenen Betrages gegen Rücknahme der Interimsscheine oder ihre Organe — Vorstand und Aufsichtsrat — zur Erstattung des aus dem Gesellschaftsvermögen zu gedachtem Erwerbe entnommenen Betrages aus eigenen Mitteln anhalte. Was die Aktionäre nach geschehener Weiterveräusserung der ungültig erworbenen Interimsscheine noch fordern können, ist nichts als die Ausgleichung der Differenz durch die Gesellschaftsorgane, „wenn die ökonomischen Wirkungen des Weiterverkaufs hinter denjenigen des unterbliebenen Ankaufs zurückstehen“ [2]). Die Wiederherstellung des früheren Zustandes können aber in diesem Fall weder die Gesellschaft, noch der ursprüngliche Verkäufer, noch die Aktionäre verlangen; denn einmal hat der neue redliche Erwerber gemäss Art. 306 Allg. Handels-Gesetzbuchs Eigentum an den Interimsscheinen erlangt, zweitens wäre die Gesellschaft gezwungen, um die Nichtigkeit des ursprünglichen Geschäfts zu heilen, ein neues nichtiges Geschäft in dem Rückkauf der Interimsscheine abzuschliessen. Die Gesellschaft hat eben durch den Wiederverkauf sich des Rechtes begeben, das nichtige Geschäft selbst wieder aufzulösen, aber es auch anderen unmöglich gemacht, sich auf die Nichtigkeit zu berufen.

---

1) Entscheid. d. R.-O.-H.-G. Bd. XXIII, S. 273 ff.

2) Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. XXIII, S. 277.

Dass, solange die Schäden des ursprünglich mit Nichtigkeit bedrohten Geschäftes nicht durch Wiederverkauf geheilt sind, auch dem einzelnen Aktionär das Recht der Anfechtung zusteht, hat das Reichs-Oberhandels-Gericht auch in dem Urteil vom 9. September 1879 ausgesprochen [1]).

Abgesehen von diesem nichtigen Erwerb eigener Interimsscheine, bestehen die Folgen, welche sich aus einer Uebertretung der Artikel 215^d und 184^d ergeben, lediglich in einer Ersatzpflicht der verantwortlichen Gesellschaftsorgane.

Artikel 226, Absatz 2 resp. 204, Abs. 2 und 241, Abs. 3 sprechen sich hierüber folgendermassen aus:

> „Dieselben (d. h. die Mitglieder des Aufsichtsrats) sind der Gesellschaft neben den Mitgliedern des Vorstandes (resp. neben den persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaften auf Aktien) persönlich und solidarisch zum Ersatze verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten entgegen den gesetzlichen Bestimmungen . . . . eigene Aktien oder Interimsscheine der Gesellschaft erworben oder zum Pfande genommen sind“.

Bei einem solchen Verfahren sind demnach Vorstandsmitglieder und Aufsichtsrat „zum Ersatze“ schlechthin verbunden. Dass durch die Vornahme der betreffenden Handlungen der Gesellschaft ein Schaden irgendwelcher Art zugefügt sein muss, ist für die Ersatzpflicht nicht erforderlich und solche auch ohne effektive Schädigung begründet [2]). Die Vornahme der im Gesetz bezeichneten Handlungen, aber auch schon die Thatsache dieser Vornahme lässt die Ersatzpflicht der Gesellschaftsorgane entstehen. Sind daher eigene Aktien oder Interimsscheine

1) Entscheid. d. R.-O.-H.-G. Bd. XXIII, S. 311.

2) Anders Primker in Endemann, Handbuch des Handelsrechts I. 589, welcher eine mit der Rechtswidrigkeit im Causalnexus stehende Vermögensbeschädigung verlangt, — jedoch gegen den Wortlaut des Gesetzes.



von der Gesellschaft erworben, so wird der Erwerbspreis oder das, was infolge des verbotenen Ankaufs aus dem Gesellschaftsvermögen gekommen ist, den Forderungsbetrag der Ersatzsumme darstellen. Die Thatsache, dass das Gesetz die Aufsichtsratsmitglieder schlechthin zum Ersatze verpflichtet, falls mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten Gesetzwidrigkeiten vorgekommen sind, darf jedoch nicht einschränkend interpretirt werden, sondern unbestritten ist diese Haftung auch dann motivirt, wenn ein grobes Versehen die Unkenntnis begründete oder dieselbe auf der Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes beruht, also wenn bei Anwendung der ihm obliegenden diligentia das betreffende Aufsichtsratsmitglied die Gesetzwidrigkeit hätte erkennen müssen[1]).

Die Haftung selbst, welcher die Aufsichtsratsmitglieder unterliegen, ist gemäss ihrer verantwortlichen Stellung eine sehr weitgehende. Sie haften einmal persönlich, also mit ihrem ganzen Vermögen und ferner auch solidarisch für die ganze Ersatzsumme und sogar „neben den Vorstandsmitgliedern“ d. h. nicht subsidiär, sondern zugleich m i t diesen, sodass die Interessirten die Wahl haben, welches von beiden Organen sie in Anspruch nehmen wollen. —

Es könnte weiterhin die Frage entstehen, ob diese Verantwortung des Vorstands und Aufsichtsrats und deren Ersatzpflicht auch gegenüber den einzelnen Aktionären, oder nur der Gesellschaft als solcher gegenüber begründet ist.

Der Wortlaut des Gesetzes jedoch, welcher nur von einer Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber spricht, aber auch innere Gründe lassen es nicht zweifelhaft, dass den einzelnen Aktionären gegenüber diese Ersatzpflicht nicht besteht. Es sind nämlich Vorstand und Aufsichtsrat nicht Organe der einzelnen Aktionäre, sondern des von den Personen derselben verschiedenen Rechtssubjekts,

---

1) Ring, a. a. O. S. 375. — v. Völderndorff, a. a. O. S. 619.

sodann besteht ein Geschäftsverhältniss nur zwischen diesem letztern und den bezeichneten Organen, nicht zwischen diesen und den einzelnen Aktionären. Ferner wird der verursachte Schaden regelmässig ausschliesslich das Unternehmen treffen, indem dessen Rentabilität und Kapitalskraft geschwächt und vermindert wird. Das beschädigte und deshalb zur Forderung auf Ersatz berechtigte Subjekt ist die Gesammtheit der Aktionäre, die Gesellschaft, da Alle ausnahmslos an ihrem Gemeingut Einbusse erleiden. Jeder einzelne, zur Zeit der Gesetzwidrigkeit vorhanden gewesene Aktionär ist zwar in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsmitglied nach Verhältnis seiner Beteiligungsquote mitberechtigt, aber zur Ausübung seines Mitrechts nach dem Corporationsprinzip nur in Gemeinschaft mit der Gesammtheit der Mitberechtigten befugt[1]), selbst auch dann, wenn die Gesellschaft in Liquidation getreten ist[2]).

Weiter geht das Gesetz in Artikel 226, Abs. 3 und 240, indem es den Gesellschaftsgläubigern in den in Abs. 2 bezeichneten Fällen, — zu denen der Erwerb eigener Aktien und Interimsscheine gehört, — das Recht giebt, den Ersatzanspruch selbständig geltend zu machen, falls sie von der Gesellschaft Befriedigung nicht erlangen können.

Jedoch haftet auch hier zunächst nur die Gesellschaft den Gläubigern als eigentliche Schuldnerin, weil sie allein mit dieser contrahirt haben, während sie zu den Mitgliedern des Aufsichtsrats und des Vorstands in kein Rechtsverhältnis getreten sind. Dessenungeachtet erscheint die Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats in den in Frage stehenden Fällen auch ihnen gegenüber als billig und gerechtfertigt, weil die Mitglieder dieser Organe wenigstens mittelbar die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrzunehmen haben und vom Vorwurf der

---

1) v. Völderndorff, a. a. O. S. 617. — Primker a. a. O. S. 589.

2) Erkenntniss d. R.-O.-H.-G. v. 10. April 1877. Entsch. Bd. XXII, S. 237.

Arglist nicht frei sind, wenn sie als Wahrer des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages wissentlich dulden, dass das den Gesellschaftsgläubigern verhaftete Capital verbotswidrig verwendet wird [1]. Nur würde es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen, den Gläubigern auch dann ein Anspruch gegen die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats einzuräumen, wenn sie aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fänden. Wenn und soweit dieses aber nicht der Fall ist, können sie sich an jene Gesellschaftsorgane halten, und zwar ohne vorher erst gegen die Gesellschaft klagen zu müssen [1]. Das Wort „selbständig" in Art. 241, Abs. 4 erklärt sich dann in dem Sinne, dass die Gläubiger ein unmittelbares Klagrecht, haben, und nicht erst einer Ueberweisung des Anspruchs bedürfen [3].

Hinzugefügt muss noch werden, dass diese Ersatzansprüche, sei es, dass sie von der Gesellschaft oder deren Gläubigern geltend gemacht werden, in fünf Jahren verjähren, und dass für die Commanditgesellschaften aus Aktien, denen bisher der Erwerb eigener Aktien als ungefährlich nicht verboten war, seit der Novelle von 1884 sowohl hinsichtlich der Vollaktien, wie hinsichtlich der Interimsscheine derselbe Rechtszustand mit denselben Wirkungen wie für Aktiengesellschaften besteht. —

Abgesehen von dem nichtigen Erwerb eigener Interimsscheine hat, wie wir gesehen, das Handelsgesetzbuch an seiner Tendenz festgehalten, Nichtigkeiten möglichst zu vermeiden und da, wo es einzelnen Personen bestimmte Handlungen untersagt, die Folgen der Uebertretung auch nur in persönlicher nicht in sachlicher Weise festzusetzen, und resultirt aus der Nichtbeachtung des obigen Verbotes lediglich eine Ersatzpflicht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft.

---

1) Erkenntniss d. R.-G. v. 10. Juni 1882, Entsch. Bd. VII. S. 105 ff.

2) Motive II. S. 149. — v. Völderndorff a. a. O. S. 621.

3) Ring, a. a. O. S. 376.

§ 4.

Verbotene Geschäfte der Notenbanken.

Nicht minder wie eine Aktiengesellschaft ist eine Bank, welche Noten ausgiebt, auf das öffentliche Vertrauen angewiesen, und ihre Existenz im Wesentlichen darin begründet. Die Thatsache, dass dieses Vertrauen von speculierenden Banken vielfach missbraucht, das Publikum getäuscht und in Verlust gebracht war, überhaupt der Umstand, dass die Verhältnisse in Bezug auf das Bankwesen in den einzelnen Staaten Deutschlands jedes einheitlichen Gesichtspunktes entbehrten und zum Theil auf veralteten, nicht zeitgemässen Anschauungen beruhten, veranlasste die Reichsregierung eine Reform des Bankwesens ins Werk zu setzen. Sie verwirklichte diesen Gedanken im Reichs-Bankgesetz vom 14. März 1875.

Indem das Gesetz unter anderem auch die Verhältnisse der Notenbanken, ihre Befugniss zur Ausgabe von Banknoten und die damit verknüpften Verpflichtungen neu regelt, verbietet es, — wie dies übrigens schon in den Statuten der meisten deutschen Notenbanken geschehen war — in § 7 des Gesetzes den Banken, welche Noten ausgeben, einerseits „Wechsel zu acceptiren" anderseits „Waaren oder courshabende Papiere für eigene oder fremde Rechnung auf Zeit zu kaufen oder zu verkaufen oder für die Erfüllung solcher Kaufs- oder Verkaufsgeschäfte Bürgschaft zu übernehmen".

Auch dürfen gemäss § 42 desselben Gesetzes

> „Banken, welche sich bei Erlass dieses Gesetzes im Besitze der Befugnis zur Notenausgabe befinden, ausserhalb desjenigen Staates, welcher ihnen diese Befugnis erteilt hat, Bankgeschäfte durch Zweiganstalten weder betreiben noch durch Agenten für ihre Rechnung betreiben lassen".

Wie das Gesetz selbst zum grössten Teil dem öffentlichen Recht angehört, so sind auch die Folgen, welche die Nichtbeachtung der angeführten Verbote nach sich zieht, zumeist öffentlichrechtliche, welche nur der Voll-

ständigkeit der Darstellung wegen hier kurz mit behabdelt werden sollen.

Was zunächst das Verbot des Wechselaccepts anbetrifft, so soll durch die generelle Vorschrift die Bank und damit indirekt das Publikum vor Verlusten geschützt werden, welche die Annahme unsicherer Wechsel notwendigerweise nach sich zieht. Gleiches gilt von dem Verbote der Zeitgeschäfte, für welche zumeist die Rücksicht massgebend war, „dass die Notenausgabe nicht zur Betreibung von Reportgeschäften und damit mittelbar zur Unterstützung der Börsenspeculation, zu der Notenbanken ohnehin nicht berufen seien, benutzt werden dürfe [1]).

Die Frage, ob das verbotswidrig abgeschlossene Geschäft nichtig sei oder nicht, oder vielleicht angefochten werden könne, ist im Gesetz selbst nicht geregelt.

Aus der bekannten Theodosianischen Verordnung [2]) wonach jedes Verbotsgesetz für eine lex perfecta d. h. jedes verbotene Rechtsgeschäft ipso jure für nichtig erklärt ist, würde sich die Anwendung ergeben, dass ein gegen obige Verbote angenommenes Handelsgeschäft mit allen jenen Folgen nichtig wäre. Aber wenn es auch eine brennende Streitfrage ist, ob wirklich in der citirten Codexstelle die ganz allgemeine Bestimmung, dass aus j e d e m gesetzlichen Verbote die a b s o l u t e civilrechtliche Nichtigkeit des verbotenen Geschäfts folgt, ausgesprochen ist, sowie ob diese Bestimmung auf unsere modernen Gesetze noch unbedingte Geltung hat, und ob man nicht vielmehr in jedem einzelnen Falle prüfen müsse, was der Gesetzgeber mit dem Verbote hat bezwecken und erreichen wollen, so ist doch die Richtigkeit der letzteren Ansicht und damit die Nichtanwendbarkeit der Theodosianischen Bestimmung im vorliegenden Falle nicht bestritten [3]). Ein so weitgehender Eingriff in die

---

1) Motive zum Entwurf des Reichsbankgesetz.
2) l. 5. Cod. de legib. 1. 14.
3) Endemann, a. a. O. S. 29. 123 ff.

Sicherheit des Verkehrs ist von dem Gesetzgeber nicht beabsichtigt; weder die Motive noch das Gesetz selbst lassen auch nur andeutungsweise auf eine derartig einschneidende Absicht schliessen. Vielmehr geht aus den Verhandlungen bei der zweiten Lesung des Gesetzentwurfes hervor, dass Commission wie Bundesrat von dem Gesichtspunkte ausgegangen sind, dass da, wo das Bankgesetz das Verbot eines Rechtsgeschäftes ausspreche, ohne ausdrücklich das gegen das Verbot abgeschlossene für nichtig zu erklären, — das letztere als gültig bestehen bleiben solle. Diese Annahme rechtfertigt sich auch aus dem Zweck und dem Zusammenhang des Gesetzes, wird aber auch durch den Wortlaut desselben selbst nahe gelegt. Die subjektive Fassung des Verbotes, welche sich in den Worten „ist nicht gestattet" äussert, macht die Auffassung wahrscheinlich, dass es sich blos um eine Vorschrift für die Vorstände der Banken handelt.

Es ist demnach anzunehmen, dass das verbotswidrige Acceptieren von Wechseln, der verbotswidrige Kauf oder Verkauf auf Zeit von Waaren und Effekten gleichwohl gültig bestehen bleibt, und weder Bank noch Dritte aus der Uebertretung des Verbots in Bezug auf die Erfüllung der fraglichen Geschäfte Rechte herleiten können. Das verbotswidrig vorgenommene Wechselaccept einer Bank ist also vollgültig, wie wenn obiges Verbot nicht bestände, mit allen Wirkungen, Vorteilen und Nachteilen eines gültigen, und ist die wechselmässige Verpflichtung der acceptirenden Bank durch Uebertretung dieser Vorschrift weder aufgehoben noch gemildert[1].

Gleiche Grundsätze gelten in Bezug auf Privatnotenbanken, welche gegen das Verbot des § 42 Bankgeschäfte, ausserhalb des Staates, der ihnen die Befugniss zur Notenausgabe verliehen hat, abgeschlossen haben, wobei es keinen Unterschied macht, ob sie dieselben durch Zweig-

---

1) Koch in Endemann, Handbuch d. Handelsrechts. Bd. II. S. 134.

anstalten oder für eigene Rechnung durch Agenten betreiben lassen.

Die Folgen, die sich aus der Verletzung obiger Verbote ergeben, sind ebenfalls lediglich öffentlichrechtliche und bestehen teils in Geldstrafen, welche die verantwortlichen Organe des Bankinstituts treffen, teils in solchen, welche die Bank als solche ergreifen, nämlich die Entziehung des Privilegiums der Notenausgabe. Es trifft nämlich Geldstrafe bis zu 5000 Mk. Mitglieder des Vorstands einer Bank, welche den Bestimmungen des § 7 zuwider Wechsel acceptiren oder Zeitgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen, sowie Personen, welche für Rechnung der Bank als Vorsteher einer Zweiganstalt oder als Agent, ausserhalb des Bundesstaates, welchem die Bank angehört, Bankgeschäfte betreiben[1]. Daneben kann auch auf Klage des Reichskanzlers oder der Regierung des Bundesstaates, in welchem die Bank ihren Sitz hat, die Entziehung der Befugniss zur Notenausgabe durch gerichtliches Urteil ausgesprochen werden[2].

Zweiter Theil.

Die dispositiven Verbotsgesetze.

Wie wir festgestellt haben, lag in den bisher behandelten Fällen des verbotswidrigen Abschlusses von Handelsgeschäften der Schwerpunkt in den strafrechtlichen Folgen der Verbotsübertretungen, wogegen die civilrechtlichen Wirkungen gering waren.

Gerade umgekehrt stellt sich dieses Verhältniss in den weiterhin darzustellenden Verboten, welche durch das Bestehen eines Dienst- oder Gesellschaftsverhältnisses begründet sind.

Bei diesem treten die criminellen Folgen fast ganz in den Hintergrund, wogegen die civilrechtlichen sich bedeutungs- und wirkungsvoller gestalten.

---

1) Reichsgesetz vom 14. März 1875, § 58.

2) R.-G. v. 14. März 1875, §§ 49, 50.

§ 5.

Auf Grund eines Dienstverhältnisses verbotene Geschäfte.

Der Betrieb eines Handelsgewerbes bringt es in der Regel mit sich, das der Kaufmann sich einer Anzahl Gewerbsgehülfen bedient, deren Arbeit und Thätigkeit ihn im Betriebe seines Geschäftes unterstützt. So ergiebt sich ein Hülfspersonal, d. h. eine Mehrheit von Personen, welche in ein und demselben Geschäft thätig sind, wiewohl in verschiedener Stellung zu demselben. Dem Handlungsinhaber (Prinzipal), der das Geschäft leitet, oder für dessen Rechnung es geführt wird, stehen diese Personen gegenüber als seine Angestellten, von ihm abhängig, in seinem Interesse thätig und ihm, als ihrem Dienstherrn, unterworfen.

Das Handelsgesetzbuch teilt diese Personen ein in Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehülfen und giebt im fünften Titel des ersten Buches Vorschriften über den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, im sechsten Titel desselben Buches sodann solche über den Handlungsgehülfen.

Die nächste Frage bezieht sich auf das Anwendungsgebiet des 6. Titels.

Im allgemeinen wird man wohl darüber einverstanden sein, dass zu den Handlungsgehülfen des 6. Titels auch die Handlungsbevollmächtigten zu zählen sind, und dass also die Absonderung des 5. Titels nicht so zu verstehen ist, als wenn dadurch die Handlungsbevollmächtigen den Vorschriften des 6. Titels entzogen sein sollen. Zwar ist auch diese Meinung nicht unvertreten und vor allen wird sie von Thöl verteidigt.[1]) Aber sie widerlegt sich schon durch die einfache Erwägung, dass jeder Handlungsbevollmächtigte auch Handlungsgehülfe, d. h. auch zu thatsächlichen Diensten verpflichtet ist und mit solchen stets auch betraut wird, selbst der Geschäftsreisende,

1) Thöl, Handelsrecht 1875, § 77.

welcher ja täglich über die abgeschlossenen Geschäfte brieflich an sein Haus zu berichten hat.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt nun in Art. 56 Abs. 1

> „Ein Prokurist oder ein zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen“,

sodann in Art. 59 des 6. Titels

> „Ein Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.“

Da nun die Bestimmungen des 6. Titels auch auf die verschiedenen Species der bevollmächtigten Gehülfen ihre Anwendung finden, so unterliegt obigem Verbot nicht nur der Prokurist, der Handlungsgehülfe und Disponent, sondern auch jeder andere Handlungsbevollmächtigte, also das ganze Handlungspersonal. Es ist somit den Handlungsgehülfen jeglicher Art und Beschäftigung ausnahmslos untersagt, Handelsgeschäfte anderweitig, sei es für eigene Rechnung, sei es für Rechnung dritter Personen zu betreiben.

Das Verbot selbst findet sich übrigens schon im Allgemeinen Preussischen Landrecht [1]) ausgesprochen wie auch der preussische Entwurf zum Handels-Gesetzbuch dieselbe Bestimmung enthielt.

Das Dienstverhältnis zum Prinzipal soll dem Handlungsgehülfen diese Beschränkung auferlegen; man muss eine Schädigung der Interessen des Prinzipals darin erblicken, wenn der Handlungsgehülfe in solcher Weise seine Thätigkeit und Aufmerksamkeit von seinem Dienst und dessen Pflichten ablenkt. Das Geschäft, dem er dient, beansprucht den Gehülfen in dem Sinne ganz, dass sein Spekulationsinteresse nicht anderweitig engagirt werden

---

1) A. L. R. II, Titel 8. § 523.

soll, weder für eigene noch für fremde Rechnung. In ähnlichem Sinne sprechen sich auch die preussischen Motive Seite 30 aus.

Art. 59 lautet daher auch ganz allgemein

> „Der Handlungsgehülfe soll keine Handelsgeschäfte machen“

also weder absolute noch relative, weder vereinzelt, noch gar gewerbsmässig. Ob dadurch dem Geschäfte des Prinzipals Konkurrenz erwächst oder nicht, ist gleichgültig. Auch ist hier nicht bloss ein eigentlicher Geschäftsbetrieb untersagt, sondern schon das einzelne Rechtsgeschäft, das Gelegenheitsgeschäft.

Dass aber das Interesse des Geschäftsinhabers den Grund des Verbots ausmacht, zeigt sich darin, dass seine Einwilligung dasselbe aufhebt. Mit Einwilligung des Prinzipals kann der Gehülfe sowohl für eigene wie für fremde Rechnung Handelsgeschäfte jeglicher Art betreiben. Es bleibt also für den einzelnen Fall Thatfrage, ob der Consens des Prinzipals vorhanden ist; nur in einem Falle präsumirt das Gesetz die Einwilligung des Prinzipals, wenn ihm nämlich beim Erteilen der Prokura oder Vollmacht bekannt war, dass der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betrieb und er sich das Aufgeben dieser Thätigkeit nicht ausbedungen hat.[1])

Wird das Verbot verletzt, also ein Handelsgeschäft ohne Einwilligung des Prinzipals Seitens des Handlungsdieners abgeschlossen, so sind die Folgen sehr eigentümliche. Art. 56 Abs. 3 sagt:

> „Uebertritt der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muss sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals ge-

---

1) Art. 56 u. 59 Abs. 2 A. D. H. G. B.

fallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden."

Zunächst gilt der Satz, dass das Verbot, Handelsgeschäfte zu machen, im Uebertretungsfalle weder eine Nichtigkeit noch eine Anfechtbarkeit der einzelnen Geschäfte mit sich bringt. Der Handlungsgehülfe ist nicht im Können sondern nur im Dürfen beschränkt; er ist verpflichtet Handelsgeschäfte, die nicht dem Prinzipal angehören, zu unterlassen, und die Uebertretung macht ihn lediglich dem Prinzipal gegenüber verantwortlich. Weder kann er selbst Einwendungen gegen die Erfüllung des Geschäftes machen, noch kann sein Contrahent aus dem Verbote eine Einrede herleiten. Das infolge einer Uebertretung jenes Verbots entstandene Rechtsgeschäft ist vollgültig und zu Recht bestehend.[1]) Auch kommt für die Anwendung dieses Satzes auf bona oder mala fides der Contrahenten nichts an, insbesondere ist es für das aus dem Contrakt entstehende Rechtsverhältniss gleichgültig, ob der Drittkontrahent mit dem Handlungsgehülfen in Kenntnis oder in Unkenntnis der Pflichtverletzung contrahirte. Die verbotenen Handelsgeschäfte des Handlungsgehülfen enthalten demnach eine Pflichtverletzung, keine Rechtsverletzung. Das Verbot gehört lediglich dem inneren Rechtsverhältniss zwischen Prinzipal und Gehülfen an und begründet zwischen beiden ein obligatorisches Soll, hat aber im Verhältnis des Gehülfen zu Dritten keine Bedeutung.[2])

Die rechtlichen Befugnisse, welche dem Prinzipal wegen der gedachten Uebertretung der Gehülfen zustehen, sind gemäss dem Gesetz doppelter Art. Wenden wir

---

1) H. G. B. Art. 276.

2) Wendt in Endemann Handbuch I, 257 — vergl. auch Protokolle 425 — und Hahn, Commentar zum A. D. H. G. B. Bd. I, S. 203.



uns zunächst zu der Betrachtung des Rechts des Prinzipals, Ersatz des verursachten Schadens zu fordern.

Dasselbe ist natürlich nur vorhanden, wenn der Prinzipal wirklich Schaden, — möge derselbe unter den Begriff des lucrum cessans oder des damnum emergens fallen — erlitten hat. Diese Befugniss ist also nur hypothetisch von Bedeutung und ist wertlos, wenn der Prinzipal eben keine Vermögensbeschädigung nachzuweisen vermag.[1]) —

Anders verhält es sich mit dem zweiten Rechte, welches dem Prinzipal gemäss Art. 56 Abs. 3 zusteht, nämlich die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte des Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten als für seine Rechnung kontrahirt anzusehen. Diese Befugniss ist in jedem Falle anwendbar, und ihre Ausübung hängt lediglich von dem Willen des Prinzipals ab.

Allerdings ist nur das für eigene Rechnung des Gehülfen geschlossene Geschäft Gegenstand des Ansichziehens seitens des Prinzipals. Geschäfte, die vom Prokuristen etc. für fremde Rechnung gemacht wurden, geben nur, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergiebt, Anlass zur Entschädigungsforderung.[2]) Es kann auch in diesem Falle der Prinzipal nicht etwa die Herausgabe der Provision fordern, welche der Gehülfe durch den unbefugten Abschluss von Handelsgeschäften für Rechnung Dritter verdient hat.[3]) Festzustellen ist nun des Näheren, was diese Befugnis für den Prinzipal zu bedeuten hat.

Zweierlei lässt sich im Allgemeinen dabei denken. Entweder hat der Prinzipal nur persönlich gegen den Handlungsgehülfen das Recht, alles das von ihm zu verlangen, was er aus dem verbotswidrigen Geschäft erworben hat oder noch erwerben wird, oder die Ansprüche

---

1) Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. I. S. 37.

2) Vergl. Anschütz-Völderndorff, Commentar zum H. G. B. Bd. II, 161.

3) Erkenntniss des R. G. v. 8. Dez. 1882, Entsch. Bd. VIII, S. 48.

des Prinzipals beschränken sich nicht auf eine Forderung gegen den Gehülfen, sondern stehen ihm auch gegen den Drittkontrahenten selbst zu, wie wenn der Gehülfe nicht bloss für Rechnung, sondern auch im Namen des Prinzipals kontrahirt hätte. Während im ersteren Falle der Prinzipal nur einen Anspruch auf Klagencession resp. Herausgabe des gemachten Gewinns haben würde, würde im zweiten Falle der römische Begriff einer actio utilis die Eigentümlichkeit solcher Befugnis bezeichnen. Es ist nun zu entscheiden, welche von beiden Möglichkeiten der Gesetzgeber gewollt hat. An sich lassen die Worte des Gesetzes beide zu. Betont man indess, dass es im Gesetz heisst:

„Der Gehülfe muss sich gefallen lassen, dass . . . . .“

so lässt sich schon darin die Willensmeinung finden, dass der Gesetzgeber den Prinzipal auf einen persönlichen Anspruch auf Cession, Tradition etc. gegen den Gehülfen hat beschränken wollen, ohne ihm gegen den Dritten direkte Rechte zu geben; und wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, dem Prinzipal weitergehende Befugnisse zu geben, so würde er voraussichtlich dieser Absicht im Gesetze deutlicheren Ausdruck verliehen haben, wie er dies ja auch an anderen Stellen, z. B. Art. 368 gethan hat. Demnach ist anzunehmen, dass der Prinzipal auf einen persönlichen Anspruch gegen den Gehülfen beschränkt ist, und das darf auch trotz der gegenteiligen Ansicht von Anschütz-Völderndorff[1]) als die communis opinio angesehen werden.[2]) Der Prinzipal muss demnach, um gegen den Dritten Rechte zu gewinnen und gegen ihn vorgehen zu können, sich den Anspruch des Gehülfen cediren lassen, wozu er nach Art. 56 berechtigt ist. Er kann auch verlangen, dass der Gehülfe als sein Mandatar

1) Anschütz-Völderndorff a. a. O. Bd. I S. 413.

2) Hahn, a. a. O. S. 221. — Thöl, a. a. O. § 58. — Behrend, a. a. O. § 45 Note 50. — Laband, in Zeitschrift für Handelsrecht X. S. 201 ff.

das Geschäft für seine — des Prinzipals — Rechnung vollende und ihm den Vorteil des bereits vollzogenen überlasse, natürlich nur gegen Gewährung desjenigen, was der Gehülfe auf dasselbe aufgewandt hat.[1]) Der Vorteil besteht im Reingewinn, doch darf der Gehülfe nichts für seine eigenen Bemühungen in Ansatz bringen, da er ohnehin dem Prinzipal seine Thätigkeit zu widmen hat, ebenso fallen Auslagen fort für Arbeiten, die vom Geschäftspersonal ohne besondere Belohnung zu verrichten gewesen wären. Ob der Dritte die Stellung seines Gegenkontrahenten als eines Mandatars kannte oder nicht, macht keinen Unterschied, da der Dritte mit dem Anderen selbst, nicht mit ihm als Mandatar abschloss.[2])

Zu entscheiden ist fernerhin die Frage, ob der Dritte, mit welchem der Handlungsgehülfe verbotswidrig kontrahirt hat, von dem Vertrage dann zurücktreten kann, wenn der Prinzipal von seinem Eintrittsrecht Gebrauch macht. Zweifellos ist ihm ein solches Rücktrittsrecht nicht gegeben, wenn er gewusst hat, dass der mit ihm Handelsgeschäfte Abschliessende der Handlungsdiener eines Anderen ist. In diesem Fall muss er auch wissen, dass der Prinzipal, wenn er will, das Geschäft als sein eigenes ansehen kann und wenn er dem ungeachtet kontrahirt, so unterwirft er sich stillschweigend den gesetzlichen Folgen.

Ob auch in dem Falle, in welchem der Dritte das Stellvertretungsverhältnis seines Kontrahenten nicht gekannt hat, ihm dies Rücktrittsrecht zu versagen sei, ist bestritten. Nach der von Anschütz-Völderndorff[3]) vertretenen Ansicht hängt es in diesem Falle lediglich von dem Willen des Dritten ab, ob er den Prinzipal als Gegenkontrahenten annehmen will oder nicht. Denn, führen diese a. a. O. aus,

---

1) Behrend, a. a. O. § 45 Note 48, 50.

2) Puchelt, Kommentar z. H. G. B. Bd. I, S. 114.

3) Anschütz-Völderndorff, a. a. O. S. 414.

„es ist kein Rechtsgrund gegeben, welcher dahin führen könnte, den in gutem Glauben Handelnden an ein vom Gesetz verbotenes Geschäft zu binden und ihm einen anderen als den gewollten Gegenkontrahenten aufzudrängen.“

Anderer Ansicht ist Hahn.[1]) Nach diesem bezieht sich Artikel 56 ausschliesslich auf das Verhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, nicht aber auf das zwischen dem Prinzipal und dem Dritten. Die bestimmte Fassung des Gesetzes,

„Der Prokurist muss sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen . . . . .“

schliesst die Möglichkeit, aus diesen Bestimmungen Rechtswirkungen für den Dritten abzuleiten, aus. Dieses und die weitere Erwägung, dass der Dritte ein Interesse an der Person des Gegenkontrahenten, zumal bei Handelsgeschäften, nicht haben wird, soweit nur die Gegenleistung gesichert ist, für diese letztere aber der Handlungsgehülfe weiter haftet, lässt die von Anschütz-Völderndorff zu Art. 56 entwickelte Ansicht über das Verhältnis des Dritten zum Prinzipal unhaltbar erscheinen. Derselben Ansicht sind Wendt[2]) und Makower[3]), ohne dieselbe jedoch weiter zu begründen. — Uebrigens verdient bemerkt zu werden, dass auch Anschütz-Völderndorff in dem analogen Falle des Art. 97 (Konkurrenzverbot) dem das Gesellschaftsverhältnis nicht kennenden Dritten ein Rücktrittsrecht nicht gegeben haben[4]), und scheint uns in dieser abweichenden Behandlung der beiden analogen Fälle eine Inkonsequenz zu liegen.

Bezüglich der Anwendung des Art. 56 und damit der dem Prinzipal darin eingeräumten Befugnisse, ist auch noch daran zu erinnern, dass dabei ein wirklich be-

---

1) Hahn, a. a. O. Bd. I. S. 203.
2) Wendt in Endemann's Handbuch, S. 257.
3) Makower, Kommentar zum H. G. B. S. 112.
4) Anschütz-Völderndorff, a. a. O. Bd. II, S. 174 Nr. XII.

stehendes Dienstverhältnis unerlässliche Bedingung ist. Hat der Bevollmächtigte das Vollmachtsverhältnis gelöst, wenn auch einseitig und ohne Grund, so können die demnächst von ihm abgeschlossenen eigenen Geschäfte nicht als Geschäfte des der Lösung widersprechenden Prinzipals angesehen werden, und es gilt dieses auch dann, wenn der Rücktritt nur durch konkludente Handlungen erklärt, dem Prinzipal nicht kundgethan ist.[1])

Eine weitere Frage betrifft das Verhältnis der Schadensersatzpflicht zu dem zuletzt besprochenen Rechte des Prinzipals, die verbotswidrigen für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte des Handlungsgehülfen als für seine Rechnung gemacht anzusehen, ob nämlich beide Befugnisse von dem geschädigten Prinzipal neben einander oder nur alternativ geltend gemacht werden können. Möglich wäre ja die Absicht des Gesetzgebers, dass der Prinzipal nach seiner Wahl von dem einen oder dem anderen Gebrauch machen solle. Jedoch der Wortlaut des Art. 56 spricht für ein kumulatives Zustehen. Denn die zweite Befugnis ist mit dem Worte „auch“ hinzugefügt, und es wird bemerkt, dass in Art. 97, welcher für Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ähnliches bestimmt, die Worte „statt dessen“ noch hinzugefügt sind, welche in Art. 56 fehlen. Das Gegenargument, dass Artikel 56 durch die genauere Fassung des Art. 97 eingeschränkt werden müsse, ist nicht zutreffend, da es nicht zulässig erscheint, die Worte eines Artikels, der sich auf andere, wenn auch analoge Verhältnisse bezieht, zudem in einem ganz anderen Titel steht, zur Interpretation eines anderen Artikels, der schon an sich einen verständigen Sinn ergiebt, herbeizuziehen. Selbst wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, dem Prinzipal in Art. 56 die Rechte nur alternativ zu geben, so ist diese Absicht im Gesetze selbst nicht zum Aus-

---

1) Wendt, a. a. O. S. 259. — Vergl. Erkenntniss d. R. O. H. G. v. 9. Mai 1875, Entsch. Bd. XVI, S. 169. —

druck gekommen. Es ist daher ein kumulatives Zustehen anzunehmen [1]), welches insbesondere dann praktisch und von Bedeutung werden wird, wenn der Prinzipal das fragliche Geschäft für seine Rechnung übernimmt, aber der ihm entstandene Schaden dadurch nicht vollständig gedeckt wird. In diesem Falle hat er immer noch Anspruch auf Schadensersatz in id, quod pluris ejus interfuerit. [2])

Nach Behrend, Lehrbuch § 45, Note 50 soll es aber unstatthaft sein, dass der Prinzipal, nachdem er vollständigen Schadensersatz erlangt, noch den Anspruch auf Uebernahme des Geschäftes geltend mache. Diese Ansicht erscheint jedoch unvereinbar mit dem Wortlaute des Art. 56, denn die Bezeichnung „des Schadens" bedeutet doch offenbar den „ganzen Schaden", den der Prinzipal auf das betreffende Geschäft erlitten hat, und dessen Umfang sich nach Art. 283 beurteilt.

Diese scheinbar übermässige Deckung des Prinzipals rechtfertigt sich aber dadurch, dass das Vertrauensverhältnis des Prinzipals zu seinen Handlungsgehülfen Interessengleichheit der beiden Teile erfordert, und deshalb die Gehülfen durch die gleichsam eine Privatstrafe enthaltende Androhung der Uebernahme des Geschäfts, trotz erhaltenen vollständigen Schadensersatzes, davon abgehalten werden sollen, gegen den Willen des Prinzipals eigene Interessen zu verfolgen.

Neben den angeführten Folgen kann aber auch das Dienstverhältnis, welches zwischen dem Prinzipal und dem Gehülfen besteht, infolge derartiger, verbotswidrig abgeschlossener Geschäfte erschüttert werden.

Es kann nämlich auf Grund Art. 62 die Aufhebung dieses Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen von jedem Teile verlangt werden, wo-

---

1) So auch Wendt, a. a. O. S. 260. — Thöl, a. a. O. § 58 S. 202. — Hahn, a. a. O. S. 222.

2) l. 28 Dig. de a. e. v. 19, 1.



bei die Beurteilung der Wichtigkeit dem richterlichen Ermessen überlassen ist. Insbesondere kann nach Art. 64, Abs. 2 die Aufhebung des Dienstverhältnisses gegen den Handlungsgehülfen ausgesprochen werden,

> „wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht.“

Es existirt demnach eine vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses kraft einseitigen Verlangens. Als vorzeitig ist dabei gemeint diejenige Aufhebung, welche vor Ablauf der vereinbarten Zeitdauer des Verhältnisses oder ohne Einhaltung der gesetzlichen resp. vertragsmässigen Kündigungsfristen erfolgt. Und zwar sollen nach Art. 62 „wichtige Gründe“ dazu Anlass geben können. Es ist nun eine lebhafte Streitfrage, ob die in Art. 63 und 64 aufgezählten Gründe, für uns also speziell der unter Art. 64 Abs. 2 genannte ex lege ein „wichtiger Grund“ ist, und für diesen Fall das richterliche Ermessen durch den Willen des Gesetzgebers ersetzt wird, oder ob auch in diesen Fällen richterliches Ermessen zu entscheiden hat, ob dieselben bei konkreter Sachlage wichtig genug sind, um die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses zu rechtfertigen. Die Litteratur hat sich fast ausschliesslich der letzteren Auffassung zugeneigt [1]), deren Richtigkeit sich mit einiger Wahrscheinlichkeit auch aus der Wortfassung des Gesetzes „insbesondere k a n n ausgesprochen werden“ ergiebt, nur der Kommentar von Anschütz-Völderndorff [2]) macht hierin eine Ausnahme und führt aus, dass bei den in Art. 63 und 64 bezeichneten Gründen das richterliche Ermessen gebunden sei, und die Aufhebung des Dienstverhältnisses schlechthin begehrt werden könne. Das Reichsoberhandelsgericht [3]) hat sich dagegen von vornherein

---

1) So v. Hahn, Thöl, Wendt, a. a. O.

2) Anschütz-Völderndorff, a. a. O. Bd. I, S. 440.

3) Entsch. d. R. O. H. G. Bd. XIX, S. 113. — Seuffert, Archiv Bd. XXIII, Nr. 224.



der entgegengesetzten Ansicht angeschlossen. Dass der Prinzipal von der ihm in Art. 64, Abs. 2 gegebenen Befugnis, im entsprechenden Falle das Dienstverhältnis zu lösen, auch neben dem oben besprochenen Recht auf Schadensersatz und auf Uebernahme des Geschäftes Gebrauch machen kann, hat das Reichsoberhandelsgericht in dem Erkenntniss vom 16. Februar 1875 ausdrücklich ausgesprochen.[1])

Zuletzt entsteht noch die Frage, ob dem Prinzipal neben seinen sonstigen Befugnissen nicht auch die Möglichkeit einzuräumen sei, gegen den Gehülfen ein richterliches Verbot, fernerhin Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung zu machen, durch darauf gerichtete Klage zu erwirken. Zweifellos besteht eine obligatio non faciendi, und es ist also die Frage, ob ihr Vorhandensein nicht dazu benutzt werden dürfe, ein solches richterliches Verbot zu erwirken.

Ein Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts[2]) bejaht in indirekter Bezugnahme auf Art. 56 diese Befugnis. Es wird dort verteidigt, dass jede obligatio non faciendi zur Klage auf Verbot und Unterlassung pro futuro berechtige.[3]) Wohl wird man verlangen dürfen, dass im konkreten Fall aus dem Verhalten des so Verpflichteten eine Zuwiderhandlung zu befüchten steht, denn so lange der Schuldner keinen Anlass gibt, ihm ein Verbot durch Urteil einzuschärfen, wird er auch nicht mit Klage belangt werden dürfen. Dass im Art. 56 eine derartige prohibitorische Klage nicht besonders erwähnt ist, kann ihre Zulässigkeit nicht zweifelhaft machen. Mit derselben wird praktisch das Ziel erreicht, auf die Unterlassung durch Strafandrohungen mit grösserem Nachdruck hinzuwirken als es durch Schadensersatzforderungen oder durch jenes Aneignungsrecht des Prinzipals erreicht zu werden vermag[4]).

---

1) Entsch. d. R. O. H. G. Bd. XVI, S. 290.

2) Entsch. d. R. O. H. G. Bd. XIX, Nr. 46, S. 138.

3) Im Wesentlichen übereinstimmend Wendt in Endemann Handbuch I, S. 260 f.

4) Vergl. Civilprozessordnung § 775.

Hinzugefügt muss noch werden, dass der Prinzipal bei der Ausübung der besprochenen Befugnisse nicht, wie dies bei dem später zu behandelnden Art. 97 der Fall ist, an eine Frist gebunden ist; er kann dieselben vielmehr jederzeit, sobald ein verbotswidriges Benehmen seiner Handlungsgehülfen zu seiner Kenntnis gelangt ist, ausüben — mit der einzigen selbstverständlichen Einschränkung, dass die ordentliche Verjährungszeit noch nicht abgelaufen sein darf. Anderseits verliert der Prinzipal das Eintrittsrecht, wenn er zu erkennen gibt, dass er das Geschäft nicht selbst übernehmen wolle[1]), woraus jedoch nicht gefolgert werden darf, dass die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz einen Verzicht auf das Eintrittsrecht enthalte.[2])

§ 6.

Auf Grund eines Gesellschaftsverhältnisses verbotene Geschäfte.

Teils mit ihrer Befugnis zur Geschäftsführung, teils mit ihrem Aufsichts- und Kontrollrecht hängt das für alle Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, für die persönlich haftenden Mitglieder einer Kommanditgesellschaft und für die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft geltende gesetzliche Verbot zusammen, ohne Einwilligung der Genossen resp. der Generalversammlung der Kommanditisten oder Aktionäre dem Handelszweige der Gemeinschaft gleichartige Sonderhandelsgeschäfte zu machen.

Es beruht der Gesellschaftsvertrag mehr als andere Verträge auf dem wechselseitigen Vertrauen, dass jeder Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft wie eigene wahrnehmen werde. Wenn dieses sich schon auf alle Gesell-

1) Behrend, a. a. O. S. 327.
2) Windscheid, Pandekten § 121.

schafter, mögen sie zur Geschäftsführung befugt sein oder nicht, bezieht, so trifft es umsomehr zu bei den Personen, in deren Händen die Gemeinwirtschaft ruht. Wer eine Gemeinwirtschaft führt, hat für seine Dispositionen völlig freie Hand; betreibt er neben den Geschäften der Gesellschaft noch Sondergeschäfte, dann stellt sich nur allzu leicht eine Interessenkollision ein, welche den naheliegenden Verdacht erweckt, dass er die Geschäftsführung der Gemeinschaft hintenansetze, die Sondergeschäfte vor denen der Gesellschaft bevorzuge, ja sogar die Gemeinwirthschaft durch die Sondergeschäfte schädige. Gleiches gilt für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und den Vorstand einer Aktiengesellschaft.

Aber auch ein Gesellschafter, welcher nicht die Gemeinwirthschaft führt, sondern nur unbestimmte andere Dienste ihr leistet, z. B. Bücher führt, hat dadurch häufig, und wie er, so auch jedes andere Mitglied der offenen Handelsgesellschaft stets mindestens gelegentlich der Ausübung des ihm gemäss Art. 105 zustehenden Aufsichts- und Kontrollrechts die Möglichkeit, so genauen Einblick in den Betrieb der Gemeinschaft zu gewinnen, dass er deren Handelsverbindungen, Offerten u. s. w. für Sondergeschäfte auszubeuten vermag. Derartigen Unzuträglichkeiten soll jenes Verbot von vornherein vorbeugen.

Gleichwohl war im älteren gemeinen Recht die Frage der Zulässigkeit eines derartigen Verbotes, welches sich im Hinblick auf das wechselseitige Vertrauensverhältnis der Gesellschafter als eine natürliche Folge desselben ergibt, nicht unbestritten. Viele Juristen, unter anderen auch Thöl verneinten grundsätzlich die Berechtigung dieses Verbots, andererseits fand dasselbe aber schon im Preussischen Landrecht[1]) Aufnahme, wurde nach den Bedürfnissen des Verkehrs schon lange vor Emanation des Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuches viefach in Gesellschafts-

1) A. L. R. Th. II, 8. § 636 ff.

verträge aufgenommen, sodann in Art. 96, 196 a, 232 des Handelsgesetzbuches bestätigt.

So gilt der in Art. 96 zunächst für die offene Handelsgesellschaft gegebene Grundsatz:

> „Ein Gesellschafter darf ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen“

gemäss Art. 196 a und 232 auch für die Komplementäre der Kommanditgesellschaften und die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, während die Kommanditisten nicht diesem Konkurrenzverbot unterliegen (Art. 159), da sie nur ein sehr beschränktes Kontrollrecht haben, welches ihnen die Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft nicht preisgiebt (Art. 160).

Zunächst wenige Worte über den Umfang des Verbots.

Es sollen die genannten Personen in dem Handelszweige der Gesellschaft, der sie angehören, weder für eigene Rechnung noch für Rechnung Dritter Geschäfte machen. Das Verbot bezieht sich demnach sowohl auf den Betrieb eines Handelsgewerbes, als auch auf die Abschliessung einzelner Handelsgeschäfte, auf den Betrieb für eigene Rechnung, wie auf die Thätigkeit als Kommissionär, Agent, Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter. Aber nicht jedes Sondergeschäft eines Gesellschafters birgt die Gefahr einer Interessenkollision, deswegen verbietet das Gesetz den Gesellschaftern auch nicht schlechthin jedes Geschäft, sondern nur solche, die zu dem Handelszweige der Gesellschaft gehören, d. h. welche gleicher Art wie die von letzterer betriebenen sind. Wie demnach der offene Gesellschafter z. B. Speditions- oder Kommissionsgeschäfte, wenn solche durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich als Zweck der Societät erklärt sind, unterlassen soll, so kommen auch für Begrenzung des Konkurrenzverbotes die unter Einwilligung Aller später getroffenen Aenderungen, Einschränkungen und Erweite-

rungen des ursprünglichen Betriebes der Gesellschaft in Betracht.

Das in den bezeichneten Grenzen aufgestellte Konkurrenzverbot gilt nur in Ermangelung anderer Uebereinkunft als jus dispositivum. Wie demnach eine vertragsmässige Erweiterung desselben in der Art möglich ist, dass dem Gesellschafter oder Komplementär die Abschliessung jedweder Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung untersagt wird, so darf ein jeder von ihnen regelmässig m i t Genehmigung aller übrigen Gesellschafter resp. der Vorstand mit Zustimmung der Generalversammlung auch in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, sich auch an einer gleichartigen Gesellschaft beteiligen. Die Genehmigung muss aber von allen Gesellschaftern erteilt sein und kann in verschiedenem Umfange gegeben werden, im Gesellschaftsvertrage selbst, oder erst später, sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Auch muss noch bemerkt werden, dass obiges Verbot nur für die Dauer der Gesellschaft besteht und mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Societät für diesen seine Geltung verliert.

Welches sind nun die Rechtsfolgen, welche die Uebertretung dieses Verbotes nach sich zieht?

Durch Nichtbefolgung des Konkurrenzverbotes verletzt der Gesellschafter die ex lege jedem Mitgliede einer offenen Handelsgesellschaft obliegende Pflicht und gefährdet bezw. schädigt die gemeinwirtschaftlichen Interessen seiner Genossen. Um diese zu schützen bestimmt Art. 97 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches:

> „Ein Gesellschafter, welcher den vorstehenden Bestimmungen (Konkurrenzverbot des Art. 96) zuwiderhandelt, muss sich auf Verlangen der Gesellschaft gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden; auch kann die Gesellschaft s t a t t d e s s e n Ersatz des ent-

standenen Schadens fordern; alles dieses unbeschadet des Rechts, die Auflösung des Gesellschaftsvertrages in den geeigneten Fällen herbeizuführen."

Uebertritt also ein offener Gesellschafter oder Komplementär etc. das gesetzliche oder vertragsmässig erweiterte oder eingeschränkte Verbot der Konkurrenz mit der eigenen Gesellschaft, so giebt das Gesetz letzterer zunächst zwei alternativ konkurrirende Klagen. Indem diese Rechtsmittel jedoch unter der Voraussetzung bereits abgeschlossener Geschäfte begründet sind, bleibt der Societät dabei das Recht unbenommen, auf Einstellung der untersagten Thätigkeit und auf Unterlassung pro futuro zu klagen, wie dies auch, trotzdem es im Gesetzbuch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, ganz allgemein angenommen wird und auch von der Praxis des Reichsoberhandelsgericht anerkannt ist.[1])

Daneben kann der eine oder andere Gesellschafter, Komplementär oder Kommanditist, wenn er nicht in die verbotene Konkurrenz willigt, in den geeigneten Fällen die Auflösung der Societät oder die Entfernung des Kontravenienten aus der Gesellschaft betreiben, — ein Recht, dessen Ausübung neben der einen oder der andern der der Gesellschaft gegebenen Klagen, sowie auch dann gestattet ist, wenn die Societät von den sonstigen ihr eingeräumten Befugnissen keinen Gebrauch macht.

Was aber die bereits abgeschlossenen Geschäfte anbetrifft, so kann die Gesellschaft einmal verlangen, dass die für Rechnung des betreffenden Gesellschafters gemachten als für ihre Rechnung eingegangen betrachtet werden, sie kann aber auch statt dessen Ersatz des entstandenen Schadens fordern. Die Societät ist also nicht in der Lage vom Gesellschafter Abtretung des für eigene Rechnung geschlossenen Geschäftes und Schadensersatz zu fordern, wie dies dem Prinzipal gegenüber dem

1) Entsch. des R. O. H. G. Bd. XIX, Nr. 46.

Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten gestattet ist. Auch hat jene ebenso wie der Prinzipal im analogen Falle des Art. 56, Abs. 3 bloss einen Schadensersatzanspruch, wenn ein Gesellschafter unbefugterweise Geschäfte für fremde Rechnung abgeschlossen hat.[1])

Die Gesellschaft, sagten wir, kann von dem Gesellschafter, welcher verbotswidrig für eigene Rechnung Handelsgeschäfte gemacht hat, Schadensersatz fordern.

Wie zur Begründung des Schadenersatzanspruchs einerseits der Nachweis, dass durch Uebertretung des Konkurrenzverbotes der Gesellschaft Schaden erwachsen ist, anderreits die Darlegung der Höhe dieses letzteren an sich erforderlich ist, so entscheidet über Schaden und Schadensbetrag nach Massgabe der Reichs-Civilprozess-Ordnung unter Würdigung aller Umstände das Gericht nach freier Ueberzeugung. Dem Ermessen desselben bleibt es auch überlassen, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen ist. — Bestritten dagegen ist die Frage, wer die für die Gesellschaft durch den verbotenen Betrieb von Konkurrenzgeschäften seitens eines Gesellschafters begründeten Rechte auszuüben habe.

Während Lastig [2]) der Ansicht ist, dass die Uebertretung dieses Verbotes als ein Delikt eine Deliktsobligation zwischen dem delinquirenden Gesellschafter und jedem seiner Genossen erzeuge, und jeder dieser Genossen Gläubiger auf ein und dieselbe Leistung sei, jedem einzelnen, auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, also die Ausübung der in Art. 97 gegebenen Rechte zustehe [3]), gibt Renaud [4]) ausschliesslich der Gesellschaft als solcher das Recht, diese Befugnisse auszuüben. „Es

1) H. G. B. Art. 97 Abs. 2 — vergl. auch Renaud, Die Kommanditgesellschaft, S. 340.

2) Lastig in Endemann, Handbuch I, S. 376.

3) vergl. Behrend, a. a. O. S. 496.

4) Renaud, a. a. O. S. 340 ff. — Hahn, a. a. O. II, Aufl. S. 302

lässt sich nicht einsehen," führt dieser aus, „wie der einzelne Gesellschafter, selbst der von der Geschäftsführung ausgeschlossene, dazu kommen sollte, ohne Auftrag im Namen der Gesellschaft oder doch sämmtlicher Mitgesellschafter zu handeln, wie er insbesondere berechtigt sein sollte, die Einzahlung der gesammten Schadensersatzsumme in die Gesellschaftskasse zu fordern, wenn einzelne socii in das von dem Verklagten abgeschlossene Geschäft einwilligten."

Ebensowenig ist die Ansicht zu billigen, dass der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft nur den einzelnen Gesellschaftern zustehe, indem ein jeder von ihnen, wenn die Societät ihren Anspruch nicht verfolge, auf den ihn treffenden Anteil des Schadensersatzbetrages klagen könne. [1]) Einmal kann man nämlich, so lange der Entschädigungsanspruch unverjährt ist, gar nicht immer wissen, ob derselbe durch die Gesellschaft verfolgt werden wird oder nicht, anderseits lässt sich der auf den einzelnen Socius fallende Schadensersatz mitten im Laufe des Geschäftsjahres gar nicht ermitteln, d. h. es lässt sich nicht bestimmen, um wieviel im Falle unterlassener verbotswidriger Konkurrenz am Schlusse des Geschäftsjahres der dem einzelnen gut geschriebene Gewinnanteil grösser oder der ihm zur Last gelegte Verlustanteil geringer ausgefallen wäre.

Die Alleinberechtigung der Gesellschaft als solcher zur Anstellung der Schadensersatzklage etc. folgt endlich auch daraus, dass sie allein verlangen kann, dass die von einem Socius für eigene Rechnung geschlossenen Geschäfte als für Rechnung der Societät geschlossen angesehen werden. Da nämlich diese Befugnis alternativ mit dem Schadensersatzanspruche konkurrirt, so könnte dieselbe der Gesellschaft durch den einzelnen Socius entzogen werden, wenn derselbe im Stande wäre, selbständig auf

1) Siehe Anschütz-Völderndorff, a. a. O. Bd. II, S. 163 u. 164. — Dagegen Hahn, a. a. O. zu § 97, § 1, III. Aufl.



Entschädigung zu klagen. Indem aber ein Recht der Societät nicht von dem Willen eines einzelnen Socius abhängen kann, muss man auch aus diesem Grunde annehmen, dass es die „Gesellschaft“ allein ist, welche als solche den Ersatz des entstandenen Schadens zu fordern berechtigt ist, den sie dadurch erlitten hat, dass ein Gesellschafter gegen Gesetz oder Vertrag für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte abgeschlossen hat. Für diese Ansicht spricht auch der Wortlaut des Gesetzes, der nur von einem Rechte der Gesellschaft spricht.[1])

Die Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruches der Gesellschaft geschieht mittelst Anstellung der Klage durch den geschäftsführenden Gesellschafter oder einen oder mehrere Socii, welche mit der Geschäftsführung betraut sind. Doch muss diese Geltendmachung unterbleiben, wenn einer der geschäftsführenden Gesellschafter dagegen Widerspruch erhebt oder in die von dem zu verklagenden Gesellschafter betriebene Konkurrenz eingewilligt und dadurch sein Widerspruchsrecht gegen jene Geltendmachung bereits kundgethan hat. Von selbst versteht es sich, dass der Widerspruch des zu verklagenden Gesellschafters dessen Ausklagung durch einen anderen Geschäftsführer nicht verhindert. Ist aber der zu Verklagende allein mit der Geschäftsführung betraut, so unterbleibt die Klage solange, als er nicht von der Führung der Geschäfte, oder gar von der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Es muss also zunächst die Beseitigung des Kontravenienten von der Geschäftsführung gemäss Art. 101 durch darauf gerichtete Klage bewirkt werden, ein Recht, das jedem Gesellschafter, auch dem nicht geschäftsführenden zusteht.[2])

Der in die Gesellschaftskasse einzuzahlende Schadensersatz kommt sämmtlichen Gesellschaftern, also auch dem Kontravenienten und denjenigen zu statten, welche in die

1) Renaud, a. a. O. S. 342 ff. — Kräwel in Busch, Archiv für das allgemeine deutsche Handelsrecht Bd. V. S. 11. — Wächter, Handelsrecht, Bd. II, S. 12. — Puchelt, Kommentar I, S. 177.

2) Renaud, a. a. O. S. 343. — Puchelt, a. a. I, 177, 182.

Konkurrenz, durch welche der Schadensersatz begründet ist, eingewilligt hatten.

In zweiter Linie ist die Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter in ihrem Handelszweige ohne Genehmigung aller übrigen Geschäfte für eigene Rechnung gemacht hat, berechtigt zu verlangen, dass dieselben als für Rechnung der Societät geschlossen angesehen werden. Indem sie aber nur statt dessen den Ersatz des entstandenen Schadens fordern kann, fällt jener Anspruch fort, wenn auf die Klage der Gesellschaft, die sie durch einen zur Vertretung derselben berechtigten Socius erheben lässt, — auf Entschädigung erkannt ist, sowie umgekehrt das Recht auf Schadensersatz durch den Eintritt der Gesellschaft in das Geschäft erlischt.[1])

Die Befugnis zu verlangen, dass ein Geschäft als für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen angesehen werde, wird in derselben Weise, wie der Schadensersatzanspruch geltend gemacht, und ist dieses Recht sowohl dann begründet, wenn das Geschäft noch res integra, wie in dem Falle, wenn bereits von einer Seite oder von beiden erfüllt ist.[2]) Wie der Kontrahent des Gesellschafters demselben keine Einwendung aus der Uebertretung des Konkurrenzverbotes entgegensetzen kann, [3]) so weist die Einreihung dieser Bestimmung unter den Abschnitt:

> „Von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander“,

sowie die ausdrückliche Erklärung des Gesetzes

> „Der Gesellschafter muss sich gefallen lassen . . . .“

darauf hin, dass die Gesellschaft ohne weiteres keine Rechte gegen denjenigen hat, welcher mit ihrem socius kontrahirte. Sie muss daher, um gegen den Dritten mit

---

1) Vergl. Protokolle S. 189. — Behrend, a. a. O. § 69a Note 6. — Renaud, a. a. O. S. 339.

2) Protokoll S. 190.

3) Voigtel in Busch, Archiv f. d. allg. deutsche Handelsrecht Bd. II S. 12.



Klage vorgehen zu können, sich die Ansprüche, welche ihr socius aus dem Geschäfte gegen diesen hat, zuvor abtreten lassen, wie wenigsten, die allgemein angenommene Ansicht ist.[1]) War zwar die Nürnberger Konferenz der Meinung, es sei die Frage, ob die Gesellschaft einer Cession der Rechte des verbotswidrig handelnden Gesellschafters bedürfe, oder ob sie eine actio utilis gegen den Dritten habe, wie bei dem Prokuristen offen zu lassen,[2]) so kann doch die Richtigkeit der erstgedachten Ansicht allgemeinen Grundsätzen zufolge wie nach Fassung und Stellung der gesetzlichen Bestimmung einem begründeten Zweifel nicht unterliegen.

Sind die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem verbotenen Geschäfte schon erfüllt, bevor die Gesellschaft von demselben Kenntniss erhalten hat, so ist die Gesellschaft zweifellos berechtigt, von dem Kontravenienten die Ablieferung des aus dem Geschäft Erworbenen zu fordern, natürlich abzüglich resp. gegen Erstattung derjenigen Auslagen, Kosten und Verluste, welche er gehabt hat und auch ersetzt verlangen könnte, wenn er gültig von vornherein das Geschäft für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen hätte.

Nicht so einfach ist die Lage, wenn das Geschäft noch nicht abgewickelt ist, wenn zwischen dem socius und dem Dritten noch Rechtsbeziehungen bestehen; auch in diesem Falle soll die Gesellschaft so gestellt werden, als ob der konkurrirende Gesellschafter das Geschäft nicht für eigene sondern für ihre Rechnung gemacht hätte.

Der delinquirende Gesellschafter hat es daher mit derjenigen Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[3]), zu Ende zu führen und dessen Re-

1) Busch, Archiv, Bd. III, S. 113 ff. — Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. X, S. 201 ff. — Hahn, Komentar, Bd. I, S. 203. — Voigtel in Busch, Archiv, Bd. V, S. 27.

2) Protokolle der Nürnberger Konferenz, S. 190.

3) Art. 94 Abs. 1 A.-D.-H.-G.-B.



sultate der Gemeinwirtschaft zu inferiren, handelt er aber bei der Abwickelung desselben einem Verbote eines geschäftsführenden Gesellschafters zuwider oder vernachlässigt er sonst die gesetzliche Sorgfalt, so wird er für allen dadurch verursachten Schaden ersatzpflichtig. Das gleiche wirtschaftliche Ziel kann unter Umständen dadurch erreicht werden, dass der Gesellschafter seine ihm aus dem Konkurrenzgeschäfte zustehende Rechte der Gesellschaft, welcher er angehört, cedirt, wozu er nach Art. 97 durch Klage gezwungen werden kann, wogegen er selbst Sicherstellung wider etwaige Ansprüche des Dritten und Ersatz der gehabten Auslagen von der Gesellschaft zu fordern berechtigt ist.

Während der Prinzipal in der Ausübung der ihm aus verbotswidrigen Geschäften seiner Handlungsgehülfen zustehenden Rechte zeitlich unbeschränkt ist, bestimmt Art. 97 Abs. 2.

> „Das Recht der Gesellschaft in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten oder Schadensersatz zu fordern, erlischt nach drei Monaten, von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem die Gesellschaft von dem Abschlusse des Geschäfts Kenntnis erhalten hat.“

Zweifellos verliert demnach die Gesellschaft mit Ablauf der dreimonatlichen Frist das ihr bezüglich eines von einem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachten Geschäfts zustehende Recht, in dasselbe einzutreten. Hat also die Societät nach Ablauf der drei Monate keinenfalls mehr die Befugniss entweder das betreffende Geschäft als für ihre Rechnung geschlossen anzusehen oder statt dessen Schadensersatz zu fordern, so lässt die Fassung des Gesetzes der Frage Raum, ob nicht mit Ablauf genannter Frist auch der Schadensersatzanspruch erloschen ist. Letzteres wird mit der Massgabe behauptet, dass die dreimonatliche Frist auch von der Entschädigungsforderung gelte, welche der Societät wegen eines von

einem socius für fremde Rechnung gemachten Geschäfts zusteht.[1]) Doch sprechen gegen eine solche Ausdehnung die Worte des Gesetzes, durch welches die Beobachtung der drei Monate blos für den Fall vorgeschrieben wird, dass es sich um ein von einem socius für eigene Rechnung abgeschlossenes Geschäft handelt. Indem aber kein innerer Grund vorliegt, in den anderen Fällen rechtswidriger Konkurrenz die Schadensersatzklage dieser kurzen Präklusivfrist zu unterwerfen, gestatten die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte der Societät bei einem von einem Gesellschafter für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte nur eine zweifache Auslegung.

Entweder erlischt nach drei Monaten sowohl das Recht der Gesellschaft in das Geschäft einzutreten, wie deren Befugniss, Schadensersatz zu fordern, oder es hört mit Ablauf jener Frist nur das Wahlrecht derselben auf; diese ist nicht mehr in der Lage, die eine oder die andere Alternative zu ergreifen, sondern kann nunmehr nur auf Entschädigung innerhalb der gewöhnlichen Klagenverjährungsfrist klagen.[2])

Die letztere Interpretation verdient den Vorzug. Für dieselbe spricht, dass es an jedem inneren Grunde fehlt, die der Gesellschaft wegen verbotswidriger Konkurrenz zustehende Schadensersatzklage hinsichtlich der Zeit und Art ihres Erlöschens verschieden zu behandeln, je nachdem die Schädigung durch ein Geschäft für eigene oder für fremde Rechnung verursacht wurde. Anderseits führen zu demselben Ergebnis die Verhandlungen und Motive, aus denen die in Art. 97 Abs. 2 aufgenommene Zeitbestimmung hervorgegangen ist.[3])

Die drei Monate werden von dem Zeitpunkte an ge-

---

1) Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 198. – Thöl, a. a. O. S. 316.

2) Renaud, a. a. O. S. 347.

3) Renaud, a. a. O. S. 349. — Behrend, a. a. O. S. 497 Note 8. — Protokolle S. 269 ff.



rechnet, in welchem die „Gesellschaft" von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntnis erhalten hat. Kenntnis der Gesellschaft ist aber nicht schon dann vorhanden, wenn ein Kommanditist oder ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter das in Frage stehende Geschäft kennt, da ein solcher nicht in der Lage ist, Namens der Societät zu handeln und zu verlangen, dass das Geschäft als für deren Rechnung geschlossen angesehen werde. Indem diese Befugnis vielmehr nur von einem geschäftsführenden Socius geltend gemacht werden kann, kommt es auf den Zeitpunkt an, in welchem ein solcher von dem Geschäfte erfuhr. Mit jener Kenntnis ist actio nata vorhanden, und man kann sagen, die Gesellschaft habe von dem Geschäfte Kenntnis, wenn ein geschäftsführender Socius von dem Geschäfte erfahren hat.[1])

Nach Behrend [2]) und Lastig [3]) soll dagegen die Kenntnis der Gesellschaft erst mit der Wissenschaft sämmtlicher übrigen Gesellschafter vorhanden sein, doch ist die oben entwickelte Ansicht vorzuziehen, denn sonst würde oft der Zweck der ganzen Zeitbeschränkung vereitelt werden können, indem andauernde Krankheit, Abwesenheit, Verschollenheit eines Gesellschafters, es auf lange, unbestimmte Zeit unmöglich machen könnte, die von Lastig und Behrend verlangte Kenntnis herzustellen.

Etwas anders verhält es sich bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Wegen der Bedeutung, welche bei diesem Rechtsinstitute dem Aufsichtsrate, als einem überwachenden Organe, eingeräumt ist, und vor allen auch, weil möglicherweise nur ein einziger Komplementar — eben der Kontravenient — vorhanden ist, erlischt das Recht der

---

1) Uebereinstimmend Anschütz-Völderndorff, Kommentar II, S. 175. — Hahn, Kommentar, II. Aufl. S. 304. — Puchelt, a. a. O. I, 178. — Renaud, a. a. O. S. 349.

2) Behrend, a. a. O. S. 497.

3) Lastig in Endemann, Handbuch S. 378.

Gesellschaft, in ein von einem Komplementär verbotswidrig abgeschlossenes Konkurrenzgeschäft einzutreten oder Schadensersatz zu fordern, erst drei Monate von dem Zeitpunkte an, in welchem die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter und der Aufsichtsrat von dem Abschlusse des Geschäftes Kenntnis erhalten haben [1]. Im übrigen gelten die oben entwickelten Grundsätze.

Wenn auch durch die besprochenen Befugnisse der Gesellschaft, sei es durch das Eintrittsrecht, oder durch das Recht, Schadensersatz zu verlangen, der Nachteil, welcher der Gesellschaft durch verbotswidrige Konkurrenzgeschäfte erwächst, in den meisten Fällen wird wieder ausgeglichen werden können, so bieten diese Rechtsmittel doch keine Sicherheit, dass der delinquirende Genosse dieselben in Zukunft unterlasse. Zumal liegt die Gefahr nahe, dass ein Gesellschafter, der durch Konkurrenzgeschäfte sich eigenen Sondervorteil zu verschaffen sucht und seine Manipulationen seitens der Mitgesellschafter entdeckt sieht, das nächste Mal vorsichtiger zu Werke geht, um sich den Gewinn sicherer zu verschaffen. Es müssen daher den Gesellschaftern Mittel gegeben werden, sich vor solch ungetreuen Genossen im eigenen Hause zu schützen.

Dergleichen Mittel besitzen sie doppelter Art.

Einmal dient hierzu die schon oben erwähnte Befugnis gegen den delinquirenden Genossen auf Unterlassung pro futuro und richterliche Strafandrohung für jeden Uebertretungsfall zu klagen, zweitens kann jeder der übrigen Gesellschafter, wenn des Kontravenienten Gebahren bei den Konkurrenzgeschäften genügenden Grund bietet, gemäss Art. 125 Ziff. 2 u. 3 die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmte Zeit, oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung verlangen. Die Beurteilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des

1) Art. 196a Ziff. 2 des A. D. H. G. B.



Widerspruchs dem Ermessen des Richters anheimgestellt, wobei bemerkt werden soll, dass das Reichsoberhandelsgericht[1]) die eigenmächtige Abschliessung von Handelsgeschäften als Auflösungsgrund aufgefasst hat.

Statt Auflösung der Gesellschaft kann auch aus Gründen, welche in der Person eines Gesellschafters liegen, — zu welchen Pflichtverletzungen und Uebertretung des Konkurrenzverbotes in erster Linie zu rechnen sind — auf Ausschliessung dieses Gesellschafters erkannt werden, wenn sämmtliche übrigen Gesellschafter, geschäftsführende und nicht geschäftsführende, Kommanditisten und Komplementäre, diese einstimmig beschliessen und hierauf beim Richter antragen.[2])

Für die persönlich haftenden Mitglieder einer Aktienkommanditgesellschaft und des Vorstandes einer Aktiengesellschaft kommt überdies auch Art. 249 in Betracht, laut dessen sie mit Gefängniss und zugleich mit Geldstrafe bis zu 20,000 Mark eventuell auch mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft werden sollen, wenn sie absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handeln. Ob die Uebertretung des Konkurrenzverbotes — also der Abschluss von dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft gleichartigen Handelsgeschäften für eigene oder fremde Rechnung — eine dolose, die Gesellschaft schädigende Handlung involvirt, wird nach der Sachlage des konkreten Falles zu beurteilen sein.

§ 7.

Schluss.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen lässt sich demnach in der Hauptsache kurz dahin zusammenfassen, dass — abgesehen von dem nichtigen Erwerb eigener Interimsscheine — das verbotswidrig abgeschlos-

---

1) Erkenntniss vom 25. März 1876, Entsch. Bd. XX, S. 244

2) Art. 128 d. H. G. B., der ausdrücklich auf Art. 125 verweist.

sene Handelsgeschäft als gültig bestehen bleibt und auch für beide Kontrahenten die Wirkung eines gültig entstandenen Handelsgeschäftes äusserst, dass aber stets der Uebertreter des Verbots da, wo ein Schaden entstanden ist, zu Gunsten des Geschädigten ersatzpflichtig wird, und dass teils daneben teils nur wahlweise der Interessirte das fragliche Geschäft als für seine Rechnung geschlossen anzusehen berechtigt ist.

Ist das verbotswidrige Geschäft von einer Person eingegangen, welche zu dem Interessirten in einem Gesellschafts- oder Dienstverhältnisse steht, so kann die Uebertretung des Verbotes ausserdem die Auflösung dieses Verhältnisses oder wenigstens die Ausschliessung des delinquirenden Gesellschafters zur Folge haben; in den Fällen, wo Kontravenient eine öffentliche Vertrauensstellung einnimmt, kann unter Umständen auch kriminelle oder disciplinare Bestrafung sich als Folge von verbotswidrig abgeschlossenen Handelsgeschäften ergeben.







